

A. I. Nº - 210320.0003/09-9
AUTUADO - ENIPLAN RHO INDÚSTRIA TRATAMENTO DE AR E GASES LTDA.
AUTUANTE - JACKSONJ ROCHA DOS SANTOS
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET 09.06.2010

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0122-05/10

EMENTA: ICMS. IMPORTAÇÃO. DESEMBARAÇO ADUANEIRO EM OUTRO ESTADO. MERCADORIA DESTINADA FISICAMENTE AO ESTADO DA BAHIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Nas operações de importação de mercadorias, quando destinadas a unidade federada diversa da do domicílio do importador, sempre que houver transmissão de sua propriedade sem que as mesmas transitem pelo estabelecimento importador, o imposto caberá à unidade onde estiver situado o estabelecimento em que ocorrer a entrada física das mercadorias. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 19/08/2009, reclama o ICMS no valor de R\$ 63.954,47, acrescido de multa de 60%, sob acusação da falta de recolhimento do ICMS sobre importação, relativo a mercadorias procedentes do exterior, destinadas fisicamente a este Estado, no caso do importador ser estabelecido em outra Unidade da Federação e o desembaraço aduaneiro ocorrer ou não em Estado diverso de seu domicílio. Tendo sido emitido o Termo de Apreensão nº 210320.0003/09-9, fl. 4.

Consta no campo “Descrição dos fatos” do Auto de Infração:

“Exercendo minha função fiscalizadora detectei as seguintes irregularidades: o contribuinte acima citado importou dos Estados Unidos 3 (três) COMPRESSORES CENTRIFUGOS DE GASES COM VAZÃO DE 6000 m3/h JUNTAMENTE COM PEÇAS SOBRESSAIENTES, detalhados na DI nº 09/0974998-6 de 28/07/2009. O desembaraço aduaneiro foi efetuado no Porto de Salvador conforme descrito na primeira folha da citada DI. Foi emitida a Nota Fiscal de Entrada nº 1351 pelo contribuinte acima para seu endereço no Estado de São Paulo, porém as mercadorias tiveram o destino físico a empresa TERMOVERDE SALVADOR S/A, localizada em Salvador-Ba, comprovado através da Nota Fiscal de Venda nº 1361, nº formulário 1556 de 14/08/2009 e Carta de Correção em anexo assinada pelo representante da importadora.

O Contribuinte não recolheu o ICMS a favor do Estado da Bahia no momento do desembaraço aduaneiro da mercadoria, conforme Convênio ICMS 10/81 e Portaria ICMS 10/81, fazendo indevidamente ao Estado de São Paulo conforme cópia da GNRE anexa, infringindo o art. 572, combinado com art. 573, §1º do RICMS-BA, que determina: Nas operações de importação de mercadorias ou bens procedentes do exterior, cabe o recolhimento do imposto sobre elas incidente à unidade federada: I – onde estiver situado o estabelecimento em que ocorrer a entrada física das mercadorias ou bens, quando destinados a unidade federada diversa da do domicílio do importador, sem que os mesmos transitem pelo estabelecimento importador; caso específico desta importação cujo desembaraço aduaneiro ocorreu no Estado da Bahia e tendo o seu DESTINO FÍSICO TAMBÉM O ESTADO DA BAHIA sem transitar fisicamente no estabelecimento do importador, no caso o Estado de São Paulo.

Tais mercadorias foram apreendidas juntamente com cópia dos documentos citados como prova da infração fiscal nos termos do RICMS-BA”.

O autuado apresenta, tempestivamente, impugnação às fls. 30 a sobre o teor da infração prosseguindo com as argumentações a seguir:

Da nulidade do Auto de Infração

Diz que conforme art. 142 do CTN, o lançamento é procedimento vinculado, cuja motivação deve apoiar-se em elementos materiais de prova, de modo a demonstrar, com segurança, seriedade e certeza, os fundamentos da ilicitude fiscal.

Transcreve os arts. 39, incisos I, II e III, e 18, do RPAF, para dizer que o autuante não apresenta respaldo para cobrar o ICMS na importação, limitando-se a “presumir” que os bens terão “destino físico a empresa Termoverde Salvador S.A., com base em documento fiscal de remessa para industrialização.

A seguir, transcreve trecho doutrinário de Roque Antonio Carraza que trata sobre o instituto da prova, para afirmar que a finalidade do processo administrativo fiscal é a apuração de prática de infração pelo contribuinte, que só poderá ser alcançada quando se baseie na verdade real, e não na presumida razão do Poder Público, por prévios padrões de avaliação.

Nesse sentido, também transcreve ensinamento de Alberto Xavier, para dizer que vigora no Brasil o princípio da estrita legalidade tributária, pelo que para efetuar o lançamento de ofício, imputando a prática de infração, o fisco precisa demonstrar que ocorreram as hipóteses previstas na lei, jamais sob presunções não previstas em lei.

Salienta que o autuante da Bahia é incompetente para autuar empresa sediada em São Paulo, pois entende que o ICMS exigido é devido ao Estado de São Paulo.

Entende, no caso, abalada a segurança jurídica e que a inexistência de uma descrição perfeita dos fatos constitui cerceamento de defesa, pelo que requer seja declarada a nulidade do Auto de Infração por vício insanável.

Do sujeito ativo da obrigação tributária

Transcrevendo o art. 11, I da Lei Complementar nº 87/96, e diversos julgados do STJ e STF, frisa ser o importador estabelecido no Estado de São Paulo e diz que o Estado da Bahia é incompetente para exigir o ICMS incidente na importação.

Nessa linha, afirma a improcedência do levantamento fiscal, inclusive por estar lastreado em dispositivos legais que não refletem a realidade dos fatos.

Ressalta que o autuante fundamenta o Auto de Infração no inciso X do art. 47, que transcreve, mas que o caso em questão enquadra-se na hipótese prevista no inciso XI do citado artigo, o qual determina que o imposto é devido no domicílio do adquirente, ou seja, em São Paulo, onde recolheu o imposto.

DA INEXISTÊNCIA DE IMPORTAÇÃO INDIRETA.

Afirma que em momento algum houve “importação indireta”, como pretende fazer crê o autuante.

Expõe que existem duas formas de importação indireta, ou seja, de terceirização das operações de comércio exterior: a importação por conta e ordem e a importação por encomenda.

Fala que a importação por conta e ordem de terceiro é um serviço prestado por uma importadora que promove, em seu nome, o despacho aduaneiro de importação de mercadorias adquiridas por outra empresa, em razão de contrato previamente firmado, que pode compreender ainda a prestação de serviços relacionados com a transação comercial, como a realização de cotação de preços e a intermediação comercial (art. 1º da IN SRF nº 225/02 e art. 12, §1º, I, da IN SRF nº 247/02).

Já na importação por encomenda, o importador adquire a mercadoria junto ao exportador no exterior, providencia sua nacionalização e a revende ao encomendante (art. 2º, §1º, I, da IN SRF nº 634/06).

Assim, diz, na importação indireta, o importador promove a desembarcação, e entrega o bem ao destinatário final. Seu papel cons

da importação e entrega do bem, e, no caso em tela, ele, o importador, não possui como objeto social, a promoção da importação.

Outrossim, repisa, que o bem após o desembaraço será submetido à operação de industrialização, consoante nota fiscal de saída, não ocorrendo nesse caso, circulação jurídica da mercadoria, que pressupõe a transferência de titularidade, oportunidade em que cita a definição de circulação jurídica de vários doutrinadores.

Frisa que a operação de remessa para industrialização é a operação pela qual determinado estabelecimento remete insumos para outro estabelecimento para que seja executada a operação de industrialização, não sendo devido o ICMS, conforme art. 615 do RICMS, que transcreve.

DA MULTA APLICADA.

Diz que em momento algum se esquivou de pagar o ICMS, tendo, de boa fé, recolhido o tributo à São Paulo, e isto é causa de exclusão da ilicitude, conforme posicionamento do STJ em diversos julgados que transcreve. Nesse sentido, transcreve, também, o art. 112 do CTN que trata da interpretação benigna em caso de dúvida de lei tributária que define infrações, ou lhes comine penalidades, pelo que entende que não há razoabilidade no ato administrativo que imputou a multa, observando, ainda, que a aplicação de multa de 60% sobre o valor do ICMS que o autuante entende devido, caracteriza excesso, desvio de finalidade e viola a Constituição Federal e os princípios jurídicos e legais que regem tais procedimentos.

Conclui dizendo que o Auto de Infração deve ser cancelado pela Administração, no exercício do Poder de Autotutela, ao tempo que pede, caso o Órgão Julgador não entenda pela nulidade, que reconheça a sua improcedência.

O autuante presta informação fiscal às fls. 69 a 74 afirmando que o Auto de Infração foi lavrado obedecendo aos moldes legais, pois indicou o fato gerador do imposto, o infrator, a infração cometida, o embasamento legal, o valor do imposto e as cominações legais, ficando caracterizado como o local da ocorrência do fato gerador o local do destino físico da mercadoria importada, no caso, a empresa Termoverde Salvador S.A., situada em Salvador-Ba.

Afirma que o autuado importou as mercadorias e as vendeu, conforme Nota Fiscal de nº 1351, emitida como “entrada” para si própria, e a Nota Fiscal nº 1361 de saída, juntamente com carta de correção retificando que se trata de “venda fora do Estado” e com recolhimento do imposto ao Estado de São Paulo.

Argumenta que estes fatos derrubam a alegação defensiva que a autuação fora baseada em mera presunção, pois as provas estão nos documentos emitidos pelo próprio autuado.

Diz que a LC 87/96 é que define qual é o Estado a quem cabe o imposto devido por importação e que este diploma legal trata do estabelecimento do destino físico da mercadoria e não do local do desembaraço aduaneiro. Em outras palavras, a mercadoria ou bem poderá ser desembaraçada em qualquer local do país, mas o ICMS é devido ao estado para onde se destinem as mesmas.

Argui que o Impugnante se respalda na alínea “e” do art. 11 da LC 87/96 para dizer que não existe o fato gerador no caso em análise, mas que essa disposição legal diz respeito às importações efetuadas por pessoas físicas. Transcrevendo o art. 11 citado, entende que a alínea “e” citado pelo autuado é clara quando diz “não estabelecido”, pois o “estabelecido” é o local público ou privado, edificado ou não, próprio ou de terceiro, onde a pessoa jurídica exerce toda ou parte de sua atividade geradora de obrigação tributária, em caráter permanente ou temporário, ainda que se destine a simples depósito ou armazenamento de mercadorias ou bens relacionados como o exercício daquela atividade. Já o “não estabelecido” é a pessoa física que adquire produtos importados diretamente do seu domicílio. Afirma que o caso em 1 do art. 11, de LC 87/96, que se acha reproduzido no art. 573, §1º, inc. transcreve ementa de julgado do STJ, nesse sentido.

Transcreve o art. 102 do CTN para dizer da competência extraterritorial do Estado da Bahia para exigir o ICMS relativo à importação e que, no caso, aplicam-se as normas dos Protocolos ICMS 41/08 e 49/08.

Contesta a alegação defensiva de que a mercadoria fora enviada para industrialização e que não houve mudança de titularidade, pois a Termoverde Salvador S.A., não é empresa cuja atividade econômica seja industrial ou de prestação de serviço dessa natureza, afirmado que a mercadoria foi vendida, portanto, com transmissão de titularidade, haja vista as notas fiscais de venda que apesar de conter como natureza da operação a informação de “Remessa para Industrialização”, o próprio autuado se contradiz ao retificar essa informação com a carta de correção escrevendo tratar-se de “Venda fora do Estado”, e pela infração autuada o contribuinte se submete à multa no percentual de 60%, prevista no inciso II, alínea “f” do art. 42, da Lei 7.014/96, ao tempo que informa sobre diversas decisões do CONSEF nesse sentido e transcreve a ementa do acórdão JJF N° 1214-02/99.

Conclui mantendo a autuação.

VOTO

Versa o presente Auto de Infração sobre a falta de recolhimento do ICMS – Importação, relativo a mercadorias procedentes do exterior, destinados fisicamente a estabelecimento localizado neste Estado sem transitar pelo estabelecimento importador estabelecido em outra unidade da Federação, quando o desembarque aduaneiro ocorre, ou não, em estado diverso de seu domicílio.

Preliminarmente o autuado argüi a nulidade do lançamento por falta de segurança, seriedade e certeza, bem como a motivação apoiada em provas materiais, pois que se limita a “presumir” o destino físico das mercadorias importadas a destinatário localizado na Bahia.

Também argüi que o autuante da Bahia é incompetente para autuar empresa sediada em São Paulo, pois entende que o ICMS exigido é devido ao Estado de São Paulo.

Entendeu, no caso, abalada a segurança jurídica e que a inexistência de uma descrição perfeita dos fatos constitui cerceamento de defesa.

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, pois vejo que o Auto de Infração contém os requisitos expostos no artigo 39, do RPAF/99, a descrição dos fatos foi efetuada de forma compreensível, estando a infração fundamentada nos demonstrativos e documentos fiscais que a embasam, determinando-se, com segurança, a infração e o infrator.

Foram indicados os dispositivos infringidos e da multa sugerida relativamente à irregularidade apurada e, ao contrário do que o autuado alega, verifico que lhe foram assegurados todos os direitos processuais tendo ele iniciado o contraditório exercendo o seu direito de ampla defesa, apresentando larga impugnação sem qualquer reserva demonstrando conhecer os fatos arrolados na acusação fiscal que originou a lavratura do presente Auto de Infração, estabelecendo-se a lide fiscal-tributária dentro do devido processo legal.

Quanto à competência funcional do autuante para o caso, esta está amparada na disposição do art. 102 do Código Tributário Nacional que prevê a vigência extraterritorial da legislação dos estados.

Portanto, não estão presentes nos autos nenhum dos motivos de nulidades elencados na legislação enquadráveis nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/BA.

No mérito, a defesa concentrou sua argumentação para elidir a acusação fiscal aduzindo que o imposto é devido ao Estado em que está localizado e sendo ele o importador situado em São Paulo, ali recolheu o imposto, salientando que o bem após o de operação de industrialização, consoante nota fiscal de saída, não ocorre a transferência da titularidade jurídica da mercadoria, que pressupõe a transferência de titularidade.

Compulsando os autos, vejo que os elementos de prova juntados, quais sejam, as Notas Fiscais de nº 1351, 1361 (fls. 6 e 7), DAE (fl. 8), Carta de Correção (fl. 9) extratos de Declaração de Importação (fls. 10 a 13) comprovam que foi o autuado o contribuinte que promoveu a importação, que o desembarço aduaneiro ocorreu no Porto de Salvador, que as mercadorias importadas tiveram como destino físico a empresa Termoverde Salvador S.A., situada no Estado no Estado da Bahia, sem transitar pelo estabelecimento importador, em consequência de operação de venda do importador situado em São Paulo, como atesta a carta de correção (fl. 9), o que derruba o argumento defensivo de que as mercadorias seriam destinadas à empresa Termoverde em remessa para industrialização como exposto no documento fiscal da operação (fl.6), até porque, como demonstra o próprio Impugnante, na operação de remessa para industrialização é suspensa a incidência do ICMS, conforme art. 615 do RICMS-BA, mas na nota fiscal em que inicialmente se registra a natureza da operação como remessa para industrialização, se destacou o ICMS.

Após examinar as peças que compõem os autos, constato não restar dúvida alguma quanto à natureza da operação, objeto do Auto de Infração, ora em lide.

Ante à incontroversa manifestação do próprio autuado, estabelecido no Estado de São Paulo, de que importara a mercadoria, observo que a sua destinação física foi estabelecimento localizado no Estado da Bahia. Remanesce, portanto, nos autos, evidenciada a natureza fática da ocorrência acusada.

Repiso que a importação foi realizada com desembarço aduaneiro no Porto de Salvador, e as mercadorias foram remetidas diretamente para adquirente neste Estado, sem ter transitado fisicamente pelo estabelecimento importador no Estado de São Paulo.

Ora, o aspecto temporal do fato gerador do ICMS nas importações ocorre no ato do desembarço aduaneiro e a lei estatui a sujeição ativa como sendo o estado onde ocorra a entrada física da mercadoria importada do exterior, ou seja, privilegiando o aspecto espacial do fato gerador.

Em relação a esse aspecto, a alínea “d” do inciso I do art. 13 da Lei 7.014/96, estatui:

“Art. 13. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

I - tratando-se de mercadoria ou bem:

d) importados do exterior, o do estabelecimento onde ocorrer a entrada física”.

Nesse mesmo sentido, o art. 572 do RICMS-BA, expõe que o ICMS incidente no desembarço aduaneiro de mercadorias ou bens importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, será recolhido no momento do desembarço aduaneiro da mercadoria ou bem (Conv. ICM 10/81 e Prot. ICM 10/81, efeitos de 25/09/02 a 26/10/09, ratificado pelo Conv. ICMS 85/09), sendo que o art. 573 do mesmo regulamento, expressa que nas operações de importação de mercadorias ou bens procedentes do exterior, cabe o recolhimento do imposto sobre elas incidente à unidade federada onde estiver situado o estabelecimento em que ocorrer a entrada física das mercadorias ou bens, quando destinados a unidade federada diversa da do domicílio do importador, sem que os mesmos transitem pelo estabelecimento importador. Acrescente-se que, nestes casos, o imposto será recolhido pelo importador, em favor da unidade federada em cujo território tiver ocorrido a entrada física das mercadorias ou bens, por meio de documento de arrecadação previsto em sua legislação ou da Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNRE), pois é o que dispõe o §1º do art. 573 do RICMS-BA. Portanto, é esta a situação que, indubitavelmente, se vê no caso em análise.

Assim, no caso em apreço, não há dúvida de que pertence ao Estado da Bahia onde ocorreu a entrada física da mercadoria importada, o ICMS incidente na operação, que indevidamente, foi recolhido ao Estado de São Paulo.

Ademais, saliento, ainda, que é este o entendimento que se manifesta em reiteradas decisões do CONSEF, qual seja, que na importação, o ICMS é devido ao Estado onde ocorre a entrada física das mercadorias ou bens, quando não transitarem fisicamente pelo estabelecimento importador, a exemplo das decisões proferidas pela 1^a CJF nos Acórdãos de n^º 052-11/04 e 0396-11/06 e pela 2^a CJF no Acórdão de n^º 0463-12/06, entendimento que ainda permanece, como se vê no recente Acórdão CJF n^º 0068-11/10, cujo voto da eminente Conselheira Sandra Urânia Silva Andrade transcrevo abaixo.

“VOTO”

De logo devemos consignar que a Decisão de Primeira Instância merece ser reformada, porquanto dissociada da legislação pertinente à matéria objeto da autuação.

Muito embora correto o entendimento exarado pelo ilustre Relator da JJF ao consignar que o imposto exigido no presente lançamento de ofício é, de fato, devido à unidade Federada onde estiver situado o estabelecimento em que ocorrer a entrada física da mercadoria ou bem importado, nos termos da Lei Complementar n^º 87/96, entendemos equivocada a conclusão de ilegitimidade passiva, ao argumento de que a exigência do imposto teria que recair sobre o destinatário físico das mercadorias – a empresa Mirabela Mineração do Brasil Ltda., estabelecida no Estado da Bahia - pela seguinte fundamentação.

Inicialmente é necessário pontuar que a Declaração de Importação de n^º 09/0037716-4, bem como o Comprovante de Importação, acostados às fls. 7, 21 a 26 e 6 dos autos, respectivamente, comprovam que o estabelecimento autuado – Takraf do Brasil Soluções Tecnológicas Ltda – é o efetivo importador das mercadorias que se destinaram à empresa Mirabela Mineração do Brasil Ltda., estabelecida no Estado da Bahia, após desembarque no Porto de Salvador. Registre-se que a referida DI consigna como importador e também como adquirente da mercadoria a empresa autuada – Takraf – não havendo, portanto, que se falar na figura do importador real e de importador formal, como trata a JJF.

A caracterização do importador real e do importador formal somente estaria presente se a operação de importação ocorresse nas modalidades de Importação por Conta e Ordem ou Importação por Encomenda, reguladas pela Medida Provisória n^º 2.158-35/2001, pela Lei Federal n^º 10.637/2002 e pelas Instruções Normativas da Secretaria da Receita Federal n^ºs 225/2002, 247/2002 e 650/2006, o que não restou comprovado nos autos, além do que as legislações dos Estados não reconhecem tais figuras, apenas presentes na legislação federal.

No caso presente, a empresa autuada - Takraf do Brasil Soluções Tecnológicas Ltda - estabelecida em Minas Gerais, adquiriu no exterior as mercadorias descritas nos documentos de importação acima referenciados, desembaraçando-as no Porto de Salvador, e as remetendo diretamente para a empresa Mirabela Mineração do Brasil Ltda., aqui estabelecida, que se caracterizou como destinatária física das referidas mercadorias.

Assim, resta caracterizada a ocorrência de duas operações: A primeira, operação de importação realizada pela Takraf, e, a segunda, operação de revenda da mercadoria para a empresa Mirabela, esta última documentada pelas notas fiscais acostadas às fls. 10 a 12 dos autos.

Segundo determina a Lei n^º 7.014/96, o ICMS devido na importação caberá ao Estado da Bahia, no caso de mercadoria ou bem destinados fisicamente a este Estado, sendo o importador estabelecido em outra unidade da Federação, sem que esta transite pelo seu estabelecimento.

Como a mercadoria foi aqui desembaraçada e diretamente (fisicamente) remetida para estabelecimento aqui situado, sem transitar pelo estabelecimento do importador – Takraf - situado em MG, cabe o imposto da importação - primeira operação - ao Estado da Bahia. A segunda operação, operação de revenda realizada pela Takraf à empresa Mirabela, será deferida, nos termos do art. 343, XL e 573, §6º do RICMS/BA, abaixo transcritos:

“Art. 343. É deferido o lançamento do ICMS incidente:

XL - na transmissão da propriedade de mercadorias importadas do exterior por importador de outra unidade da Federação, destinadas fisicamente a este Estado, na hipótese do § 6º do art. 573;

Art. 573. Nas operações de importação de mercadorias ou bens procedentes do exterior, cabe o recolhimento do imposto sobre elas incidente à unidade federada:

I - onde estiver situado o estabelecimento em que ocorrer a entrada quando destinados a unidade federada diversa da do domicílio do transitem pelo estabelecimento importador;

§ 4º Para efeitos de transmissão da propriedade das mercadorias ou bens ou do título que os represente, subsequente à operação de importação de que cuida o inciso I do “caput”, o importador emitirá Nota Fiscal relativa à transmissão para o destinatário, sem destaque do imposto, a qual deverá conter, além dos demais requisitos:

III - declaração de que o imposto será recolhido pelo destinatário;

§ 6º O lançamento e o recolhimento do imposto de que trata o inciso III do § 4º ficam diferidos para o momento da saída subsequente a ser efetuada pelo contribuinte destinatário.” Grifos nossos.

Ainda determina o art. 573, §1º, do diploma regulamentar citado, abaixo transscrito, que o imposto devido na primeira operação – operação de importação – será pago pelo **importador, no caso presente a empresa autuada, Takraf**, mediante documento de arrecadação próprio previsto em sua legislação ou através de GNRE, emitindo a devida nota fiscal de entrada para documentar a entrada da mercadoria importada em seu estabelecimento:

E, de fato, é cediço que o contribuinte (sujeito passivo) do ICMS na operação de importação é o importador, assim constante nos documentos de importação, sendo irrelevante a questão do destino físico da mercadoria importada.

“Art. 573.....

§ 1º O imposto será recolhido pelo importador, em favor da unidade federada em cujo território tiver ocorrido a entrada física das mercadorias ou bens, por meio de documento de arrecadação previsto em sua legislação ou da Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNRE).

§ 3º Para documentar a operação, o importador emitirá Nota Fiscal relativa à entrada simbólica das mercadorias ou bens, sem destaque do imposto, na qual deverá constar, além dos demais requisitos, no campo próprio, a indicação de que o ICMS relativo à importação foi recolhido em favor do Estado onde ocorreu a entrada física das mercadorias ou bens.” Grifos nossos.

Por sua vez, o imposto devido na segunda operação, de revenda das mercadorias importadas – será pago pelo destinatário – no caso a empresa Mirabela - em momento subsequente, por estar diferido, nos termos do dispositivo já acima transscrito, devendo o importador, portanto, ao emitir a nota fiscal de revenda, não destacar o imposto devido nesta operação, conforme explicita o art. 573, §§ 4º e 5º:

“Art. 573:

§ 4º Para efeitos de transmissão da propriedade das mercadorias ou bens ou do título que os represente, subsequente à operação de importação de que cuida o inciso I do “caput”, o importador emitirá Nota Fiscal relativa à transmissão para o destinatário, sem destaque do imposto, a qual deverá conter, além dos demais requisitos:

I - declaração de que as mercadorias ou bens se destinam a unidade federada diversa da do importador;

II - indicação dos números e das datas dos Registros de Importação e da Nota Fiscal (entrada) relativa à entrada de que cuida o § 3º;

III - declaração de que o imposto será recolhido pelo destinatário;

IV - indicação do local onde ocorreu o desembaraço aduaneiro.

§ 5º A Nota Fiscal aludida no parágrafo anterior será lançada no Registro de Entradas do destinatário, podendo este utilizar como crédito fiscal, se cabível, o imposto recolhido por ocasião do desembaraço aduaneiro.”

Feitos tais esclarecimentos, podemos concluir que foi equivocada a Decisão recorrida ao entender presente ilegitimidade passiva do autuado para figurar na relação jurídica tributária iniciada através deste lançamento de ofício, e onde se exige do autuado, corretamente, o imposto devido na operação de importação, na qualidade de importador. Exigir do destinatário o referido imposto não encontra guarida nos dispositivos acima referenciados, posto que somente cabe a este o ICMS devido na segunda operação, na forma acima explicitada, diferido para o momento da saída subsequente da mercadoria, a ser recolhido pela empresa Mirabela Mineração do Brasil Ltda.

O dispositivo citado na Decisão recorrida como embasador da ilegitimidade passiva decretada – art.13, inciso I, “d” da Lei nº 7.014/96 – que determina como local da operação, para efeito de cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, o do estabelecimento da mercadoria ou bens importados do exterior, não é aplicável ao imposto de Infração, ou seja, o imposto devido pela importação, e sim ao imposto de em que o importador transmite a propriedade da mercadoria importada

tenha transitado pelo seu estabelecimento, o qual se encontra deferido, nos termos do art. 343, XL e 573, §6º, ambos do RICMS, já acima transcritos.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para modificar a Decisão recorrida, devendo os autos retornar à Primeira Instância para ser proferida nova Decisão.”

Por fim, em relação ao cálculo do imposto exigido no presente lançamento, o defendant não apresentou qualquer contestação em relação aos números, tendo sido acostado aos autos o demonstrativo da base de cálculo (fl. 14), apurando o valor do ICMS devido e aqui exigido.

Deste modo, ante todo o exposto, concluo que dos exames realizados nas peças dos presentes autos, restou efetivamente comprovado que o autuado cometeu a infração que lhe é acusada neste Auto de Infração.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 210320.0003/09-9, lavrado contra **ENIPLAN RHO INDÚSTRIA TRATAMENTO DE AR E GASES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$63.954,47**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de maio de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA